

AMISTADES PELIGROSAS. TORTURA Y DERECHO

A DANGEROUS LIAISON. TORTURE AND LAW

MASSIMO LA TORRE

Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro

Fecha de recepción: 11-7-12

Fecha de aceptación: 12-9-12

Resumen: *La tortura es un "instituto jurídico" de antigua tradición –nos dicen los historiadores del Derecho–. Sin embargo, la modernidad del Derecho consiste en la expulsión de la tortura del ámbito de lo que puede ser permitido y concebido como legal. Esta acción de definición y regulación conceptual de la esfera jurídica, por la cual la crueldad no puede ser permitida, se encuentra ahora en crisis y desafiada tanto en la teoría como en la práctica del Derecho. A este último una vez más se le relaciona con la fuerza, la violencia y el sufrimiento. El sufrimiento, el mal –se nos dice– tiene que ser compensado y reequilibrado con el sufrimiento, con mal. El terror ilegal se combate con el terror legal. Y en todo caso la tortura sólo es un mal menor. Con este artículo se quiere enfocar de manera sintética este nuevo drama del Derecho que ahora se juega frente a nuestros ojos. Y se quiere discutir si la opción de recuperar los "buenos" antiguos tiempos en los cuales el tormento fue parte integrante del proceso judicial es compatible con la autocompresión de los juristas como actores de un ordenamiento constitucional y liberal. ¿Podría de verdad ser el caso que el "estado de excepción" fuera el corazón normativo del Estado de Derecho?*

Abstract: *Torture is an old "legal institution" –we are told by Legal Historians–. However, Modernity in the law consists in expelling it from the precinct of what is legally conceivable and permitted. This "actio finium regundorum" of the legal sphere, where radical cruelty is not allowed, has recently and unfortunately begun to be challenged and be much less obvious, both in theory and, helas, in practice. Now, sometimes law is again and openly reconnected with violence and evil. Evil – we are instructed – will be compensated and payed back with evil. Illegal terror is fought back with legal terror. In any case torture is a lesser evil. This article would like to shortly introduce to this*

novel drama and to consider whether rehearsing it as in the “good” old times where torment was just another step of a criminal trial or of an effective “raison d’État” could be fitting our still widespread self-understanding of lawyers as being part and actors within a liberal culture. Could it really be the case that “state of exception” is the hard core of our rule of law?

Palabras clave: tortura, Estado de Derecho, violencia, crueldad, estado de excepción

Keywords: torture, rule of law, violence, cruelty, state of exception

— I —

A menudo olvidamos de donde venimos. El origen se esconde detrás del tiempo y de su progreso. Y es un bien muchas veces que sea así. Las genealogías sólo pocas veces son nobles. El más noble de los aristócratas en el Gotha europeo no podrá remontar la línea de sus antepasados sin al final encontrarse alguna desagradable sorpresa. Lo mismo vale para la ciudadana. Al final el ciudadano será siempre el hijo de un extranjero o de un no-ciudadano. Aristoteles ya lo subraya no sin cierta alegría.

El olvido de las orígenes es saludable para el jurista. El Derecho, cual que sea la teoría detrás de la cual se percibe y se define, puede que tenga un punto de inconfesable. Será que sus normas fueran el resultado de un engaño o quizás de una violencia. Como teorizaba Georg Jellinek, detrás del soberano hay la figura mucho menos digna y simpática del usurpador. O será incluso que del Derecho la normas y el corazón normativo se fundieron y formaron al calor de algún fuego o incendio desmesurado. Foucault intenta decirnos que la tinta de las leyes y de los códigos está imbuida de sangre. Que detrás de la libertad de los derechos hay la esclavitud de los sin derechos. Y puede ser que tenga razón. Repitiendo las palabras de Walter Benjamin, se podría decir que el Derecho “nunca es un producto de la cultura sin serlo al mismo tiempo de la barbarie”¹

Cierto es que en el Derecho por mucho tiempo, siglos y siglos, la tortura, la crueldad, tuvieron un papel importante, si no a menudo central². Accursio,

¹ W. BENJAMIN, *Über den Begriff der Geschichte*, en Id., *Sprache und Geschichte. Philosophische Essays*, al cuidado de R. Tiedemann, Reclam, Stuttgart 2010, p. 145.

² Cf. el libro de L. SILVERMAN, *Tortured Subjects. Pain, Truth, and the Body in Early Modern France*, University of Chicago Press, Chicago 2001, o la monografía de A. L. SABADELL DA SILVA, *Tormenta juris permissione. Folter und Strafoerfahren auf der iberischen Halbinsel*

Bartolo, Baldo, los Glosatores y los Canonistas, todos, son entusiastas teóricos y dogmáticos de la tortura. Así que desde la Historia del Derecho se ha podido afirmar sin vergüenza que “la tortura giudiziaria” es “risultato di una feconda e creativa [sic] dialettica instauratasi tra la prassi dei tribunali e la riflessione scientifica dei giuristi”³. Sin embargo, la modernidad del Derecho, especialmente del Derecho penal, se construye *e contrario*, rompendo aquella “feconda dialettica”, es decir rechazando la centralidad procesal del tormento y expulsando la crueldad (por lo menos en principio) de sus cartas y artículos. Lo que no se puede negar es que la relación y la amistad entre tormento y Derecho sea antiquísima⁴ y casi permanente. Sin duda es una amistad muy peligrosa. Y una vieja amistad, aunque rechazada y renegada, allí siempre está en el recuerdo y se puede recomponer. La reconciliación es una perspectiva asumible.

Hay algo en el Derecho quizás que se siente atraído por la crueldad y el tormento. Si dentro de la experiencia jurídica –como afirman unos tantos– hay una pretensión de justicia (y sí parece que la hay), también se nos presenta la tentación de la fuerza sin complejos. La facticidad que hace positivo al Derecho (y que tanto celebramos contra las ilusiones del iusnaturalismo) nos puede hacer olvidar su normatividad, su momento ideal y contrafáctico. La tortura es justo esto, la muerte de lo normativo y de lo ideal en el Derecho y el triunfo de lo fáctico.

– II –

Como he dicho, el Derecho penal moderno se constituye a partir de su rechazo de la tortura. Que –merece recordarlo– es un castigo que se aplica antes que haya crimen. El criterio de estricta legalidad no se le puede aplicar. “La torture fut abolie –escribe Voltaire en un apéndice a su voz *Lois* en el *Diccionario filosófico*– parce que c’est punir avant de connaitre, et qu’il est absurde de punir pour connaitre”.

– dargestellt am Beispiel Kastiliens und Kataloniens (16.-18. Jahrhundert), Duncker & Humblot, Berlin 2002, o el ya clásico estudio de P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, 2 volúmenes, Giuffrè, Milano 1954 y 1955.

³ G. ROSSI, *Aspetti medico-legali della tortura giudiziaria nelle Quaestiones di Paolo Zacchia*, en Paolo Zacchia. *Alle origini della medicina legale (1584-1659)*, al cuidado de A. Pastore y G. Rossi, Franco Angeli, Milano 2008, p. 163.

⁴ Cf. C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell’età repubblicana e del I secolo dell’Impero*, Giuffrè, Milano 2002.

Es la modernidad misma que tiene que ver con la adomesticación de la violencia. La formula del “monopolio de la fuerza” que nos tramanda la doctrina del Estado al tratar de su sujeto tiene una interpretación civilizadora. Se nos propone que la violencia estatal al ser monopolizada tendrá que manifestarse según un criterio estrictamente necesario y proporcional. Con el progreso –escribe Kant– se reduce la disposición a la violencia del poder (“Allmählich wird der Gewalttätigkeit von Seiten der Mächtigen weniger [...] werolen”⁵).

Y sin embargo en los últimos años asistimos a una especie de retorno de la tortura dentro de los muros de códigos, decretos y sentencias⁶. Este retorno tiene tres ocasiones, o –si así quiere– tres “causas” o “orígenes”. La primera deriva de la peculiar y trágica situación del Estado de Israel, un Estado que ha sido una promesa para los más desgraciados de la historia y que sin embargo se transforma él mismo en una desgracia para unos que son más desgraciados aún, si cabe pensarlo. Ejército, policía y servicios secretos israelianos parece que traten con tormentos a los detenidos palestinos. Se quiere – se afirma – evitar actos de terrorismo atroz y por esto se necesitan informaciones que sirvan a contrarrestar el terror. Por lo tanto se tortura.

Tal hecho no es asumido sin más por la opinión pública y los jueces. De manera que se encarga una comisión (la Comisión Landau, así llamada por el nombre de su Presidente, un juez del tribunal supremo) para dictaminar sobre la moralidad y la legalidad de aquella práctica. En 1987 la Comisión Landau presenta su informe y el dictamen es más o menos favorable. Sí –se concluye–, una “moderada presión física” es admisible, lo que es un eufemismo más (como lo fué el termino latino tradicional de “quaestio”) para definir la tortura. No tiene que ser tormento atroz, sino “moderado”⁷. Pero, ¿como definir la línea de lo tolerable en una práctica que está dirigida a franquear el umbral de lo intolerable?

El segundo evento de esta historia regresiva es, por supuesto, el 11 de septiembre de 2001. Hay los ataques a las torres gemelas. Millares de muertos son el resultado de un acto de terrorismo nunca antes visto. Nueva York está

⁵ I. KANT, *Der Streit der Fakultäten*, Segunda Parte, en I. KANT, *Schriften zu Geschichtsphilosophie*, al cuidado de M. Riedler, Reclam, Stuttgart 1980, p. 198.

⁶ Retorno que es parte – me parece – de un más general regreso de la violencia o fuerza dentro de los “muros” de la experiencia y de la conceptualización del Derecho. Cf. M. LA TORRE, *Derecho y fuerza, Jueces para la democracia*, Noviembre 2009.

⁷ Para una atenta discusión del dictamen de la comisión Landau, véase el *Israel Law Review*, 1989.

en luto por sus víctimas inocentes. Y pronto se pone en marcha la maquinaria de la Presidencia de Bush hijo. Entre otras cosas se piensa de inmediato de utilizar la tortura contra los posibles terroristas. Y la sanción se obtiene del *Office of Legal Counsel*, una especie de abogacía del Estado federal, con gran autoridad para sus dictámenes, que el 1 de agosto 2002 produce un memorandum en donde se reformula como tortura sólo aquel acto de crueldad que ponga en riesgo de vida el torturado o que le procure daños vitales irreparables⁸.

Además se subraya que el Presidente de la Unión en su capacidad constitucional de *Commander-in-Chief* tiene poderes absolutos en el campo de batalla, y que por consiguiente podrá actuar y ordenar de actuar según le parezca más apropiado para vencer al enemigo. La tortura –se dice en el memorandum escrito por John Yoo y firmado Jay Bybee– puede ser un instrumento de guerra más, ya que no se aplican las convenciones de Ginebra a los terroristas. Y además el Presidente, como órgano que protege al Derecho, está por encima de los tratados internacionales. Y de todas maneras a la tortura se le puede aplicar la justificación del estado de necesidad. El torturador podría además apelarse a la obediencia que le es debida a una orden del Presidente.

La consecuencia es que se tortura de facto. Se tortura en Guantánamo, una base americana en Cuba⁹. Se tortura en Abu Ghraib, una antigua cárcel de Saddam Hussein ahora lugar de detención administrado por los Americanos¹⁰. Se tortura en Baghrum, una base militar en Afghanistan, Y se tortura en varios otros lugares, incluso en países de la Unión Europea (Polonia? Rumanía?) que permanecen secretos. Hay torturados una vez más, y hay muertos bajo tortura¹¹.

Cabe mencionar todavía un tercer evento. Es el así llamado caso Daschner en la Alemania federal. El 27 de septiembre 2002 Marcus Gäfgen secuestra y mata el niño de 11 años Jakob von Metzler. El 30 de septiembre Gäfgen es detenido por la policía de Frankfurt am Main en el garaje del aeropuerto de di-

⁸ Véase *The Torture Memos*, al cuidado de David Cole, The New Press, New York 2009.

⁹ Cf. J. MARGULIES, *Guantánamo and the Abuse of Presidential Power*, Simon & Schuster, New York 2006.

¹⁰ Cf. St. E. EISENMAN, *The Abu Ghraib Effect*, Reaktion Books, London 2007.

¹¹ Véase Ph. SANDS, *The Torture Team. Rumsfeld's Memo and the Betrayal of American Values*, Palgrave-Macmillan, New York 2008. Cf. J. K. HARBURY, *Truth, Torture and the American Way. The Historical Consequences Of U. S. Involvement in Torture*, Beacon Press, Boston 2005.

cha ciudad. La policía le pregunta por el paradero y el destino del secuestrado. Gäfgen no quiere hablar, se obstina a no contestar, y así el Vicepresidente de la Policía Wolfgang Daschner empieza a presionar sus colaboradores para que se preparen a torturar el chico. Los colaboradores se resisten¹².

Hay discusiones, los policías en gran mayoría están en contra de la propuesta (mejor dicho, de la orden) de Daschner, que se pone muy tenso. Finalmente éste prevalece y, después de haber preparado lo necesario (un médico que esté dispuesto a “asistir” a la tortura, y un “especialista” en tal práctica) amenaza formalmente de tortura a Gäfgen, que se viene abajo y confiesa todo. Alrededor de este hecho hay un debate (además de un procedimiento penal contra Daschner). El debate es muy intenso y amplio. Los juristas alemanes se involucran con pasión, y la sorpresa es que hay muchos que defienden la posibilidad de la tortura¹³. Esta ya no es tabú. Daschner al final será condenado; sin embargo no se le aplica la sanción.

— III —

Hay varias estrategias y argumentos para la relegalización de la tortura. Aquí no puedo detenerme sobre la cuestión de los argumentos morales que se utilizan para este fin¹⁴. En general – se puede mencionar de paso – estos argumentos son variaciones sobre el tema de la “ticking bomb”, del caso, es decir, de una bomba a tiempo que puede explotar en cualquier momento y cuya deflagración sólo una información específica podría evitar. La tortura sería el instrumento para lograr dicha fundamental información y así salvar la vida de diez, cien, mil, un millón de vidas inocentes. Es interesante notar que en general el razonamiento de quien asume la tesis de la “ticking bomb” empieza con un escenario apocalíptico que nos pone delante la posibilidad de millones de víctimas, para casi pronto pasar a miles, a centenares, y por fin se admite que la tesis valdría también por el caso de *una sola* víctima. Es que lo que le sucede por ejemplo a Winfried Brugger¹⁵.

¹² Cf. R. ZAGOLLA, *Im Namen der Wahrheit. Folter in Deutschland vom Mittelalter bis heute*, be.bra Verlag, Berlin 2006, pp. 196 ss.

¹³ Cf. la inteligente reconstrucción del debate que nos ofrece J. Ph. REEMTSMA, *Folter im Rechtsstaat?*, Hamburger Edition, Hamburg 2005.

¹⁴ Sobre la “moralidad” de la tortura, para una discusión introductiva, cf. M. LA TORRE, “La teoría del derecho de la tortura”, *Derechos y libertades*, vol. 17, 2007, pp. 71 ss.

¹⁵ Véase W. BRUGGER, *Freiheit und Sicherheit. Eine staatsrechtliche Skizze mit praktischen Beispielen*, Nomos, Baden-Baden 2004.

O se empieza para dislumbrar un escenario en donde la tortura se justifica por la inminencia del evento apocalíptico, para terminar sin embargo afirmando –como hace sugerentemente un obstinado “filósofo” de la tortura, Fritz Allhoff– que lo que importa no es la inminencia, sino la “necesidad” (algo por supuesto que yo diría no requiere una actuación inmediata y que podría justificar alternativas investigativas a la tortura)¹⁶. La aceleración y la extensión rápida de la intervención ofensiva está dentro de la lógica de la excepcionalidad. El argumento del mal menor se devora fácilmente a sí mismo y la pendiente de la tortura así siempre se demuestra resbaladiza.

El argumento “moral” aquí es de corte utilitarista, y contra de el no hay regla o intuición moral que se pueda resistir. Enfrentados a tal emergencia parece que todo tendría que ser intentado, y por consiguiente ser permitido, para que aquel evento tan dramático no ocurra. “If the numbers of victims or the certainty of the danger make a difference in our judgment about torturing the perpetrator, –es la objeción de Charles y Gregory Fried–, why should we stop short there?”¹⁷. Se podrá torturar; pero entonces no sólo al culpable, sino también al inocente, no sólo al adulto, sino también al niño. Pero se podría también matar, violar, descuartizar etc. etc.

“It is difficult to think honestly about torture” –nos advierte Michael Ignatieff¹⁸. Y es cierto, si a la honestidad se le pone un precio. Esta parece ser la actitud del “utilitarista” o del teórico del mal menor, como es el mismo Ignatieff que sobre el tema non has proporcionado un libro entero, *The Lesser Evil*¹⁹. El problema con esta actitud –come subrayaba Hannah Arendt– es que quien recurre al “mal menor” como justificación pronto se olvida que aunque quizás sea “menor” aquel queda siendo *mal*; y quien lo acepta y lo defiende y lo practica por lo tanto no puede ser exento de *culpa*.

No hay sentimiento, valor y límite deontológico que el utilitarista y el teórico de la “*ticking bomb*” pueda considerar absoluto o simplemente en condición de resistirse al estado de necesidad. Y en cierta medida quizás tenga razón. Pero, si es así, si toda regla e intuición moral, cae frente al horror in-

¹⁶ Léase F. ALLHOFF, *Terrorism, Ticking Time-Bombs, and Torture*, The University of Chicago Press, Chicago 2012, pp. 167-168.

¹⁷ Ch. FRIED & G. FRIED, *Because It is Wrong. Torture, Privacy and Presidential Power in the Age of Terror*, Norton, New York 2010, p. 30.

¹⁸ M. IGNATIEFF, *Moral Prohibition at a Price*, en *Torture*, al cuidado de K. Roth y M. Worden, The New Press, New York 2005, p. 18.

¹⁹ M. IGNATIEFF, *The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton University Press, Princeton 2004.

minente, el argumento no será una justificación específica de la tortura, sino una tesis que nos revela lo fragil que pueden ser las estructuras normativas y morales de deliberación²⁰.

Se podría por lo tanto argumentar que reglas e intuiciones morales continúan manteniendo su pretensión de absolutez, siempre que lo impensable no se manifieste. Esto es un rasgo de la vida misma, y que como tal no justifica mucho, sino que nos pone en guardia sobre los límites de la condición humana. De manera que podríamos mantener las reglas como absolutas y renviar al caso concreto la ponderación y la evaluación de la excepcionalidad insostenible. Tal excepcionalidad no valdría sin embargo como justificación, sino en cierta medida como caída o suspensión de todo discurso moral. El caso de la “ticking bomb” no estaría dentro, sino fuera, de todo discurso moral.

Aquí de todas maneras lo que me interesa más –y que además parece ser mi tarea en nuestra discusión– es presentar la reproposición de la relación entre tortura y Derecho, de la reconciliación entre dos viejos amigos, es decir apuntar a las estrategias jurídicas de relegalización de la tortura. Estas pasan por unos cauces argumentativos que resultan típicos del razonamiento jurídico, y son las siguientes: (i) la redefinición, (ii) el recurso a la analogía, (iii) la constatación de una laguna, que habrá que rellenar, y en fin (iv) la estructura casi-lógica de la ponderación, como un tipo de consideración teleológica opuesto a la deducción silogística y deontológica.

Todas estas estrategias se rencuentran bajo varias formas en el ya rico debate contemporáneo. La redefinición fundamentalmente es aquella argumentación que opera en dos direcciones. Es decir (a) en la dirección de delimitar la tortura a casos de crueldad extrema y de peligro permanente para la vida del torturado, o sea (b) en la dirección de modificar la narrativa de la tortura adjuntándole como hecho propio del evento el motivo que dirige la conducta del torturador²¹. Así que según la dirección (a) una violencia que no ponga en peligro la vida del torturado no sería tortura, prescindiendo así de su crueldad y del dolor y de la degradación que inflige. Según la dirección

²⁰ Punto que parece ser lo que quiere demostrar Niklas Luhmann en su conferencia de Heidelberg en la cual remite en cuestión la vigencia absoluta de la prohibición de torturar y que marca el momento inicial del debate alemán contemporáneo sobre el tema: cf. N. LUHMANN, “Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?”, *Heidelberger Universitätsreden*, vol. 4, 1993.

²¹ Es esta la estrategia adoptada por otro “filósofo” defensor de la tortura, Rainer Trapp. Véase R. TRAPP, *Folter oder selbstverschuldete Rettungsbefragung?*, mentis, Paderborn 2006.

(b) una tortura que se inflige para salvar una vida (por ejemplo, la tortura de Marcus Gäfgen para salvar al niño secuestrado) es cosa distinta, es una acción diferente de la tortura, que así se define sólo como un acto de sadismo inmotivado o gratuito o motivado por fines de satisfacción personal y egoísta. El altruismo de la tortura bastaría a modificar su estructura fenomenológica, y por lo tanto a no permitir que se la defina justamente como tal, “tortura”. Sería por lo menos –como propone Winfried Brugger – *Rettungsfolter*, “tortura de salvación”.

La segunda estrategia es la de comparar la tortura con algo que se dice incluso más terrible y que sin embargo el ordenamiento jurídico a ciertas condiciones permite, fundamentalmente el homicidio, el matar. Si es lícito matar en estado de necesidad o por legítima defensa, no se ve porqué no tendría que ser permitido torturar en las mismas condiciones. El asesinato es una opción; y si lo es, podría serlo también y *a fortiori*, en consideración de su menor gravedad para la vida de las personas, la tortura. Morir es algo incomparablemente más terrible e ofensivo del dolor que nos inflige la tortura.

La tercera estrategia es estrechamente relacionada a la segunda y podría decirse una mutación o una reelaboración de ésta. El asesinato por razones de estado de necesidad –se dice– está permitido; lo mismo vale en el caso de defensa legítima. Mientras que parece que la tortura no sea lícita en estos mismos casos. Esto –se nos dice– es una evidente laguna “de valoración” (Brugger), *Wertungslücke*. El ordenamiento es incoherente, ya que trata dos cosas similares de manera distinta, o por lo menos prevee en un caso una respuesta y en el otro caso no nos da alguna solución. La laguna se tiene que rellenar, y esto se puede hacer desde el juez.

Finalmente tenemos la última estrategia. Esta es parte del “espíritu del tiempo” y producto de la cultura jurídica de estos últimos años con su crítica al modelo deductivista de razonamiento jurídico. Es la perspectiva del juez constitucional que aquí se asume, y según una óptica teleológica.

Los derechos fundamentales –se sostiene– son principios, y estos no son reglas, entidades deontológicas, sino fines, objetivos, “preceptos de optimización” que se tienen, para ser aplicados, que ponderar entre ellos. No hay por lo tanto derechos que sean “absolutos”. Todo derecho fundamental se tiene que aplicar teniendo en cuenta otros derechos y bienes fundamentales. La dignidad del uno se tiene que balancear con la dignidad del otro: “Würde gegen Würde”, dignidad contra dignidad, es la fórmula que propone Winfried Brugger, que ha sido el mayor defensor de la tortura legal

en Alemania desde los años Noventa²². La protección de la dignidad del secuestrador no puede prevalecer sobre la dignidad del secuestrado, ya que el secuestrador es culpable y el secuestrado es inocente²³. La culpabilidad del secuestrador frente al secuestrado reduce su dignidad, así que para defender al segundo se podrá atacar la incolumidad física del primero mediante tortura. La tortura aquí – como nos sugiere Rainer Trapp – sería *selbstverschuldet*, culpa del mismo torturado, sólo a él mismo moralmente imputable.

– IV –

Ahora bien, por lo que concierne la estrategia de la “redefinición” se puede objetar lo siguiente. En primer lugar hay que recordar y subrayar que la legislación contra de la tortura ha querido de manera expresa evitar la redefinición de la misma, ya que a menudo se la equipara al trato inhumano y cruel. Allí donde se prohíbe la tortura a ésta se acompaña casi mecánicamente la prohibición de formas de crueldad menor. Así se hace por ejemplo en el artículo 3 de la Convención europea de lo derechos humanos, en el artículo 15 de la Constitución española de 1978, y además en el artículo 2.II de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos, y degradantes de 1987. Lo que se quiere evitar es que se ponga el listón de la tortura muy alto, y que de esta manera queden impunes las formas menos graves de maltrato.

Por otro lado la fenomenología de la tortura es independiente –y esto es evidente– de los “motivos” de la conducta del torturador. Si el dolo puede entrar en la determinación del tipo de conducta, lo mismo no vale por sus motivos. Y evidentemente el dolo que se requiere para torturar es la voluntad de infligir sufrimiento. Las razones por las cuales se quiere (con dolo) torturar, no entran en la determinación del dolo mismo.

La analogía entre matar (o infligir lesiones) y torturar es muy dubia. Es posible el homicidio consentido; no se puede dar sin embargo una tortura

²² Cf. W.BRUGGER, “Würde gegen Würde, oder: Darf der Staat foltern?”, en *Verwaltungsblätter von Baden-Württemberg*, 1995, pp. 414 ss., Id., “Darf der Staat ausnahmsweise foltern?”, *Der Staat*, vol. 35, 1996, pp. 67 ss, Id., “Von unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter”, en *Juristenzeitung*, 2000, e Id., “Das andere Auge. Folter als zweit-schlechteste lösung”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 10 de marzo 2003.

²³ Argumento que encontramos, por ejemplo, en U. DI FABIO, “Grundrechte als Wertordnung”, *Juristenzeitung*, 2004, pp. 1 ss.

consentida. Está en la propia fenomenología de la tortura que sea imprevisible e intolerable. Si es consentida, es que todavía no resulta intolerable. Sin embargo, el “sentido” de la tortura es de llegar a ser intolerablemente dolorosa y degradante. No hay tortura y norma sobre tortura que pudiesen pasar el test de la clausula de Radbruch. La dinámica de la tortura es de oltrepasar cada umbral de tolerabilidad y de consentimiento, ya que su fin precipuo es romper y doblegar la voluntad del individuo y trasformarle en una *cosa*. No hay “personas” bajo tortura y para el torturador, solo “cosas”. El torturador trata el cuerpo del torturado como un ladrón que quiera reventar una caja fuerte²⁴.

La tortura se parece mucho a un estupro, y no hay estupro consentido. Y como el estupro se acompaña a menudo de un sentimiento de vergüenza, que es el resultado de haber cedido sin querer, de no haber podido controlar lo que al cuerpo se le imponía.

Por lo que concierne la estrategia de la laguna, Brugger mismo reconoce que aquí no se trata de una laguna técnica o jurídica, sino –como se ha dicho– de una *Wertungslücke*, de una laguna de valoración, de una laguna “moral”. Ya que –sostiene– sería “monstruoso” no torturar, allí donde la vida o incluso la dignidad de muchos inocentes o incluso de un solo inocente esté en juego. Así que habrá laguna –me parece–, si la tortura ya se define moralmente como mal menor. Es decir, el argumento es circular: funciona –dentro de sus estrictos límites no jurídicos–, sólo si ya se asume que la tortura sea un mal menor con respeto a la muerte o al asesinato. Sin embargo el argumento tendría que demostrar propio esta menor gravedad del tormento, es decir su calidad de “mal menor”, y no simplemente reiterarla de manera retórica como de hecho se propone.

La fórmula de la “dignidad contra dignidad” es una vez más simplemente retórica. La ponderación entre dignidades –asume Brugger– nos daría al final un resultado favorable. Es decir, se inclinaría, hacia la tortura. La ponderación sin embargo funciona entre principios, no entre reglas. Ahora bien, las reglas sobre tortura en general son de carácter rígidamente imperativo. Son prohibiciones estrictas. Así que no serían pasibles de ponderación. *En ningún caso* –dice al artículo 3 de la Convención europea de Derechos humanos– podrá haber tortura o trato dishumano, cruel y degradante. Lo mismo repiten el artículo 15 de la Constitución española y el artículo 2 de la Convención de

²⁴ Cf. A. GILEAD, “Torture and Singularity”, *Public Affairs Quarterly*, vol. 19, 2005, pp. 164-165.

Naciones Unidas de 1987. Sin olvidar que la aplicación de la tortura difícilmente podría regularse por algún criterio de proporcionalidad²⁵.

Además la ponderación no se aplica a todos los principios de manera igual. Entre principios hay unos que se pueden afirmar como jerárquicamente superiores o de mayor peso. Por ejemplo, el principio de la dignidad humana (sancionado paradigmáticamente por el artículo 1.II del *Grundgesetz* alemán) es plausiblemente superior al principio de la libertad de empresa, o pesa más que ese. La dignidad –podría también argumentarse– es un principio que no puede ponderarse con sí misma o contra sí misma. En efecto, no es un simple derecho individual, sino la base de todo los derechos y tiene un carácter inmediatamente universal²⁶. Como ha subrayado Jeremy Waldron, la prohibición de la tortura en el Estado de Derecho tiene la fuerza de un tabú fundativo, de un *arquetipo*, y se coloca en una posición arquimédica dentro del sistema de normas jurídicas²⁷.

Atacar la dignidad de un sujeto concreto, la dignidad de Juan, implica atacar el mismo estatus en los demás sujetos, en José también. Reducir en esclavitud Juan significa quitarle a la libertad de José el carácter de estatus normativo intangible e inalienable, aunque él continúe quedándose libre. Si Juan puede ser esclavo, lo podrá ser José también. Así que su libertad se queda un hecho bastante contingente y fundamentalmente provisional. Ya no tiene valor normativo. De la misma manera, si hoy se tortura a Juan, se podrá mañana torturar a José. Atacar la dignidad de uno es atacar la dignidad de todos.

– V –

En el diciembre de 1908 un terremoto devasta la ciudad de Messina en Sicilia. El Rey declara el estado de emergencia. A raíz de este hecho se abre en la doctrina italiana de Derecho público un debate sobre la relación entre

²⁵ Sobre este punto crucial, cf. D. GRIMM, “Es geht ums Prinzip”, *Frankfurter Allgemeiner Zeitung*, 20 de mayo 2004, y G. FRANKENBERG, “Torture and Taboo. An Essay Comparing Paradigms of Organized Cruelty”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, p. 419.

²⁶ Cf. H. BIELEFELDT, *Menschenwürde und Folterverbot. Eine Auseinandersetzung mit den jüngsten Vorstößen zur Aufweichung des Folterverbots*, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2007.

²⁷ Cf. J. WALDRON, “Torture and Positive Law. Jurisprudence for the White House”, *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005.

Derecho y excepción o ruptura de la legalidad. Se confrontan tres posturas²⁸. Por un lado hay Orazio Ranelletti que explica las medidas excepcionales y las justifica como meras derogaciones siempre posibles dentro del ordenamiento. El Estado de Derecho así siempre estaría abierto a su derogación.

Una segunda postura es aquella de Ettore Lombardo Pellegrino, que defiende la absoluta vigencia de las garantías individuales. La emergencia puede en algún caso motivar su ruptura. Pero la ruptura permanece, la ilegalidad no está sanada. La justificación moral no se transmite al Derecho, donde la prohibición queda irrevocable. Se podrá sin embargo, en consideración de sus motivos, evaluar y juzgar con menor rigor la conducta de quienes han derogado a derechos. De todas maneras, el Estado de Derecho en esta perspectiva no admite excepciones.

Y finalmente hay la postura de Santi Romano, que ve en la “excepción”, reconceptualizada como estado de necesidad, el momento primigenio del Derecho. El Derecho aquí termina para tener un origen permanentemente excepcional. Es una postura que se parece bastante a las que veinte años después en la República de Weimar defenderán, desde sensibilidades contrapuestas, Carl Schmitt y Walter Benjamin. El Estado de Derecho y la seguridad jurídica tienen un corazón “negro”, o un punto de huida que es la emergencia y la violencia.

Ahora bien, no hay emergencia y violencia más evidente de la que se manifiesta en la tortura. Pero, ¿podríamos plausiblemente y pacíficamente sostener que la tortura es el hecho fundativo del Derecho, que es su epifanía? Incluso para los defensores más descarnados del tormento (y desgraciadamente hay una vez más varios) esta sería una tesis difícilmente asumible.

Nos quedan así las dos otras posturas, la de Ranelletti y la otra de Lombardo Pellegrino. En la perspectiva de Ranelletti la tortura sería un caso de derogación legalmente asumible a la prohibición de la crueldad y al principio de la seguridad jurídica. Dentro de la perspectiva de Lombardo Pellegrino, si hay tortura, ésta siempre permanece un acto ilegal, aunque se pueda en algún caso proporcionarle un tratamiento menos rígido y atenuar su condena penal en consideración de los motivos que la han determinado.

Expuesta al caso de la tortura la perspectiva de Romano pierde toda su credibilidad. Quedan plausibles las dos otras perspectivas. Pero ahora,

²⁸ Sobre esta discusión, cfr. M. LA TORRE, “La fine dell’Ottocento. Il terremoto di Messina e lo stato d’eccezione”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 39, 2009.

¿quien tiene razón, Ranelletti o Lombardo Pellegrino? Depende –me parece– de lo que para nosotros implique y signifique el Estado de Derecho, de si aceptamos que –como dice Kelsen– cualquier Estado sea un Estado de Derecho, es decir, de si podríamos admitir que el Derecho tenga cualquier contenido.

Si la violencia extrema (a pesar de lo que digan Santi Romano o Carl Schmitt) no fundamenta el Derecho, ¿podemos sin embargo aceptar que esta misma violencia sea el contenido de una norma jurídica (tesis de Ranelletti)? O bien, ¿es más correcta la idea de Lombardo Pellegrino que relaciona Derecho a justicia? Al final nos enfrentamos a la vieja, pero siempre subyacente cuestión de la naturaleza y del concepto de Derecho.

MASSIMO LA TORRE
Ordinario di Filosofia del diritto
Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro
Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali
Viale Europa - Loc. Germaneto
88100 - Catanzaro Italia
e-mail: mlatorre@unicz.it